

**WYROK**

**z dnia 2 kwietnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Kuciak**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 kwietnia 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 marca 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **S..... Z....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Agencja Ochrony Osób i Mienia "ZUBRZYCKI" S..... Z....., P..... S....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Agencja Ochrony Osób i Mienia D.S. "FOKUS" P..... S....., Solid sp. z o.o., ul. Łucka 18 lok.1701A, 00-845 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **PL.2012+ Sp. z o. o., Al. Ks. J. Poniatowskiego, 03-901 Warszawa,****

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Impel Security Polska sp. z o.o., Impel Security Provider sp. z o.o., Impel Monitoring sp. z o.o. sp.k., Asecuracja Cash Handling sp. z. o. o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje odtajnienie listów referencyjnych, wystawionych przez MANUFATURA Apsys Management sp. z o.o. oraz GD Poland Investments sp. z o.o., uzupełnionych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Security Polska sp. z o.o., Impel Security Provider sp. z o.o., Impel Monitoring sp. z o.o. sp.k., Asecuracja Cash Handling sp. z. o. o. przy piśmie z dnia 7 marca 2013 r. oraz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.**

2. Kosztami postępowania obciąża PL.2012+ Sp. z o. o., Al. Ks. J. Poniatowskiego, 03-901 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: S..... Z....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Agencja Ochrony Osób i Mienia "ZUBRZYCKI" S..... Z....., P..... S....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Agencja Ochrony Osób i Mienia D.S. "FOKUS" P..... S....., Solid sp. z o.o., ul. Łucka 18 lok.1701A, 00-845 Warszawa tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od PL.2012+ Sp. z o. o., Al. Ks. J. Poniatowskiego, 03-901 Warszawa na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: S..... Z.....o, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Agencja Ochrony Osób i Mienia "ZUBRZYCKI" S..... Z....., P..... S....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Agencja Ochrony Osób i Mienia D.S. "FOKUS" P..... S....., Solid sp. z o.o. kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

### Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego p.n.: „Całodobowa ochrona fizyczna Stadionu Narodowego w Warszawie oraz zapewnienie porządku podczas imprez odbywających się na Stadionie Narodowym”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 stycznia 2013 r. pod numerem 2013/S 010-012699.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz zaniechania odtajnienia informacji bezzasadnie zastrzeżonych przez Przystępującego. Powyższe, zdaniem Odwołującego, doprowadziło do naruszenia:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców i wybór oferty niezgodnie z przepisami prawa;
2. art. 8 ust. 1 w związku z ust. 3 ustawy Pzp przez utrzymanie tajności informacji, wobec których nie zachodzą wszystkie przesłanki stanowiące, iż informacje te mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
3. art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp przez nieodrzućenie oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie przedmiotowego odwołania poprzez nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej, ponownego badania ofert, odrzucenia oferty Przystępującego i wykluczenia go z postępowania i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wyjaśnił, że wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej był poprzedzony uwzględnieniem w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które wpłynęło do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 04.03.2013 r., w wyniku czego Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, następnie wezwał Przystępującego do uzupełnienia dokumentów (listów referencyjnych) i po dokonaniu ponownej analizy ofert, powtórnie wybrał ofertę Przystępującego.

Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o umożliwienie dokonania wglądu do uzupełnień i wyjaśnień złożonych przez Przystępującego. Zamawiający udostępnił dokumenty, z wyjątkiem listów referencyjnych, które zostały zastrzeżone jako dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający bezkrytycznie uznał, że przedmiotowe informacje, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż nie zwrócił się do Przystępującego z wezwaniem o wyjaśnienie zasadności dokonanego zastrzeżenia. Świadczyć może o tym to, iż w czasie wglądu nie pokazał innych dokumentów zawierających wyjaśnienia, poza przywołaną odpowiedzią na wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Zaś, uznanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa listów referencyjnych naruszyło zasady jawności, równości i uczciwej konkurencji, ponieważ odebranie możliwości wglądu do treści referencji pozbawiło Odwołującego złożenia skutecznego odwołania w przypadku, gdyby okazało się, że nie potwierdzają należytego wykonania usług.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie zbadał skuteczności zastrzeżenia na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jak również nie dokonał lub dokonał błędnej oceny wypełnienia się przesłanek zgodnie, z którymi można uznać, iż informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Okoliczności przemawiają za tym, że Zamawiający polegał jedynie na samym twierdzeniu Przystępującego, przedstawionym w piśmie złożonym wraz z referencjami, iż listy referencje posiadają walor gospodarczy.

Odwołujący podnosi, że trudno zgodzić się ze stanowiskiem Przystępującego, co do posiadanego waloru gospodarczego uzupełnionych listów. Za brakiem skuteczności zastrzeżenia listów referencyjnych winno przemawiać również to, iż referencje złożone wraz z ofertą, a zaskarżone w pierwszym odwołaniu, były w pełni jawne, jak również to, iż wykaz usług, zawierający dane zamawiającego, opis zamawiającego, wartość zamówienia oraz daty wykonania też był w pełni jawny. Zatem, w opinii Odwołującego, nie można uznać za skuteczne zastrzeżenie dokumentu, co do którego dane istotne i wartościowe z punktu widzenia przedsiębiorcy zostały wcześniej podane do wiadomości publicznej.

Działanie Przystępującego, zdaniem Odwołującego, ma znamiona działania umyślnego, mającego na celu ograniczenie Odwołującemu dostępu do treści referencji, a tym samym utrudnienie wniesienia skutecznego środka odwoławczego. Zamawiający powinien dostrzec, że podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia, oferujący najniższą cenę może mieć interes w tym, aby utrudnić weryfikację dokumentów, które mogłyby stać się

podstawą wniesienia kolejnego odwołania przez pozostałych wykonawców. Art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jasno wskazuje, że czynem nieuczciwej konkurencji są działania sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ograniczenie przez Przystępującego dostępu do informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia w opisanych okolicznościach ma znamiona czynu nieuczciwej konkurencji i narusza prawa innych wykonawców.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Pismem z dnia 04.03.2013 r. Odwołujący wniósł odwołanie wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego pomimo, że nie potwierdził on spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący podniósł, że dokumenty przedłożone na okoliczność należytego wykonania zamówienia nie potwierdzają, że referencyjne usługi realizowane na rzecz MANUFATURA Apsys Management sp. z o.o. oraz GD Poland Investments sp. z o.o. w istocie w taki sposób zostały wykonane. W odniesieniu do pierwszego z listów referencyjnych Odwołujący zwrócił uwagę, że potwierdza należyte wykonanie usługi jedynie przez okres niespełna siedmiu miesięcy, zaś z drugiego z listów wynika, że usługa realizowana jest należycie.

W tym miejscu dodać należy, że zarówno *Wykaz zrealizowanych usług*, jak i sporne listy referencyjne, załączone do oferty, były jawne. W *Wykazie* znalazły się informacje, dotyczące podmiotu, na rzecz, którego było realizowana usługa, opis zamówienia, jego wartość i data wykonania. W listach referencyjnych wskazano przedmiot zamówienia, opis chronionych obiektów i zakres czynności usługobiorcy.

Odwołujący uwzględnił przedmiotowe odwołanie (pismo z dnia 06.03.2013 r.) i unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Jednocześnie wezwał Przystępującego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia zakwestionowanych dokumentów.

W odpowiedzi Przystępujący uzupełnił referencje, dotyczące usług świadczonych na rzecz ww. podmiotów, zastrzegając jednocześnie, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, podkreślając, że mają one walor gospodarczy (pismo z dnia 07.03.2013 r.).

Zamawiający dokonał pozytywnej oceny przedmiotowych dokumentów i wybrał ofertę Przystępującego jako najkorzystniejszą (pismo z dnia 08.03.2013 r.).

Jednocześnie, w ślad za zastrzeżeniem, dokonany przez Przystępującego, Zamawiający odmówił Odwołującemu dostępu do przedmiotowych dokumentów.

Na posiedzeniu pełnomocnik Zamawiającego złożył oświadczenie, iż uwzględnia odwołanie w zakresie bezzasadności utajnienia uzupełnionych listów referencyjnych, nie podzielił zaś stanowiska Odwołującego co do zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania i odrzucenia jego oferty.

**Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do charakteru i znaczenia oświadczenia pełnomocnika Zamawiającego o uwzględnieniu odwołania we wskazanym zakresie. Stanowisko Zamawiającego, iż powyższe winno prowadzić do oddalenia odwołania nie zasługuje na aprobatę. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że zakres sporu wykracza poza zarzut zaniechania odtajnienia listów referencyjnych i obejmuje również zarzut niedokonania odrzucenia oferty z powodu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji i zaniechania wykluczenia Przystępującego. Izba zaś zobowiązana jest do oceny wszystkich zarzutów, nawet jeśli oparte są na tożsamych okolicznościach faktycznych (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp).

Nadto, częściowe uwzględnienie odwołania jest odpowiednikiem uznania powództwa, stanowiącego potwierdzenie zasadności powództwa w całości lub w części. Składając oświadczenie o uznaniu powództwa, pozwany wyraża zgodę na wydanie wyroku zgodnego z żądaniem powoda. Skoro więc Zamawiający uwzględnia w pewnym zakresie odwołanie, oznacza to, że potwierdza zasadność zarzutu. Niemniej jednak wobec braku w przepisach ustawy Pzp rozwiązań, odpowiadających regulacjom zawartym w k.p.c. (art. 231 § 2 k.p.c.), w szczególności w zakresie związania Izby uznaniem odwołania, Izba nie jest uprawniona do zaniechania przeprowadzenia postępowania dowodowego i wydania wyroku na skutek uznania. W związku z powyższym, niezależnie od treści oświadczenia pełnomocnika Zamawiającego, Izba zobowiązana była do oceny przedmiotowego zarzutu.

W tym miejscu wyjaśnić należy, że skutki procesowe, których się spodziewał Zamawiający (oddalenie odwołania w istocie w części) mogłyby wystąpić, jedynie w sytuacji, w której Zamawiający zrealizowałby żądanie wywodzone z uwzględnionego zarzutu. Skoro zaś Zamawiający jedynie zapowiedział, że odtajni sporne dokumenty, to oczywistym jest, iż Izba tej okoliczności nie mogła uwzględnić. Nie znosi bowiem sporu, ani nie czyni go

beprzedmiotowym zamiar wykonania czynności. Gdyby pójść tokiem rozumowania Zamawiającego oddalenie odwołania po pierwsze, pozostawałoby w sprzeczności ze złożonym oświadczeniem, które w istocie potwierdza w części zasadność twierdzeń Odwołującego, po drugie, pozbawiałoby ochrony Odwołującego, który utraciłby jakiegokolwiek środki przymuszające do realizacji wspomnianego zobowiązania.

Jedną z zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawności (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp). Jednakże, wolą ustawodawcy, zasada ta doznaje pewnych ograniczeń. Otóż, zamawiający, mimo, iż co do zasady zobowiązany jest udostępniać wszystkie informacje związane z prowadzonym postępowaniem, to jednocześnie nie przysługuje mu uprawnienie do ujawniania informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp (art. 8 ust. 3 ustawy Pzp).

Nie ulega wątpliwości, iż zastrzeżenie uczynione przez wykonawcę podlega ocenie w świetle przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności.

W okolicznościach niniejszej sprawy rozstrzygające znaczenie dla oceny zastrzeżenia przez Przystępującego poufności uzupełnionych listów referencyjnych ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa ma okoliczność, że sporne listy pochodzą od tych samych zleceńodawców i dotyczą tożsamyh usług, co referencje pierwotnie dołączone do oferty i mające jawny charakter. Izba dokonując porównania treści wszystkich referencji ustaliła, że obie referencje wystawione przez MANUFATURA Apsys Management sp. z o.o. w istocie prawie się nie różnią (w uzupełnionych referencjach nie podano daty wystawienia i w jaki sposób zapewniana jest ochrona parkingu, wskazano na inny podmiot, który wykonywał usługę). Zaś, w odniesieniu do referencji sporządzonych przez GD Poland Investments sp. z o.o. stwierdzić należy, iż uzupełnione referencje wzbogacono o zapis o należyтым zrealizowaniu zamówienia, określając datę wykonania zamówienia.

Nie może budzić wątpliwości, iż uzupełnienie referencji o wskazane informacje nie stanowi podstaw do zastrzeżenia ich poufności, skoro istotna część referencji została

ujawniona (w pierwszej wersji), zaś treść informacji, które zostały dodane (w drugiej wersji) w żadnym razie nie stanowi informacji o charakterze gospodarczym. Potwierdzenie należytego wykonania zamówienia i wskazanie podmiotu, który wykonywał usługę nie ma żadnej wartości gospodarczej, stanowi bowiem oczywisty element listu referencyjnego. Zaś, okoliczność, że wskazane wyżej informacje nie znalazły się w treści listu referencyjnego nie poddaje się ocenie. Z tych względów zarzut naruszenia przepisu art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 ustawy Pzp należy uznać za uzasadniony.

W ocenie Izby, za chybiony należało uznać zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Wskazany przepis kreuje po stronie zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, w sytuacji, w której jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Ocenie podlega więc nie każde zachowanie wykonawcy, ale jedynie to, które stanowi złożenie oferty. To z kolei wymaga dokonania oceny z uwzględnieniem przepisu art. 66 k.c.

W okolicznościach niniejszej sprawy, nieuprawnione zastrzeżenie poufności określonych dokumentów, nie może być kwalifikowane jako element złożenia oferty, w związku z powyższym ocena przedmiotowego zastrzeżenia jest irrelevantna względem obowiązku odrzucenia oferty. W ocenie Izby, regulacja powołanego przepisu wyraźnie wskazuje, że ustawodawcy nie chodziło o ocenę każdego zachowania wykonawcy w świetle ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale zachowań, które związane są *stricto* ze złożeniem oferty.

W ocenie Izby, żądanie wykluczenia Odwołującego z niniejszego postępowania nieoparte na jakichkolwiek okolicznościach faktycznych i prawnych jest bezprzedmiotowe.

Zaś, bezzasadność utajnienia spornych dokumentów czyni zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp uzasadnionym.

Jednocześnie Izba uznała, iż nakazanie odtajnienia spornych dokumentów może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego postępowania, bowiem otwiera drogę do oceny dokumentów, których Odwołujący nie znał, a które przesądzają o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Skoro zaś jest możliwe kwestionowanie przedmiotowych dokumentów i poszukiwanie w tym zakresie ochrony w drodze środków ochrony prawnej, to wybór oferty najkorzystniejszej nie może być usankcjonowany.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.



O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł.